

## **PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen**

This full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/15289>

Please be advised that this information was generated on 2014-11-11 and may be subject to change.



# DE GEWONE RECHTER EN – ONRECHTMATIGE – WETGEVING

PROF. MR. C. A. J. M. KORTMANN\*

## 1 ——— INLEIDING

De redactie heeft mij verzocht een bijdrage te leveren over de houding van de rechter ten aanzien van (gepretendeerde) onrechtmatige wetgeving. Aanleiding voor het verzoek vormt de uitspraak in kort geding van de president van de Rechtbank 's-Gravenhage, waarbij de beschikking tot wijziging van de Beschikking wijziging investeringsbijdragen zoals gepubliceerd in Staatscourant 90 van 13 mei 1987, voor wat betreft het bepaalde in art. I, onder 3c, buiten werking werd gesteld.

Het kort geding betrof een beschikking van de staatssecretaris van Financiën van 13 mei 1987, waarbij onder meer de investeringspremie voor vee werd teruggebracht van 12½ naar 0%.

Geëist werd de buitenwerkingstelling van die beschikking voor dat deel.

De vordering werd toegewezen met als motivering (samengevat) dat de staatssecretaris een wijzigingsbeschikking mag treffen, maar dan moet wel binnen uiterlijk twee maanden een wetsvoorstel tot goedkeuring daarvan bij de Tweede Kamer worden ingediend. Dat werd hier niet bij benadering gehaald. Aannemelijk is dat de staatssecretaris dat wist toen hij de beschikking gaf. Hij heeft door de beschikking toch te geven zijn bevoegdheid onmiskenbaar overschreden en de beschikking is daarom onmiskenbaar onverbindend.

Zie de aan deze buitenwerkingstelling gewijde Resolutie van 5 augustus 1987, Weekblad 1987/5785, blz. 963 (red.).

## 2 ——— ONRECHTMATIGE WETGEVING IN HET ALGEMEEN

Afgezien van expliciete toetsingsverboden, zoals o.a. vervat in art. 120 Gr.w., bezit de rechter de bevoegdheid voorschriften van regelgevende aard te beoordelen op hun conformiteit met hogere voorschriften en ongeschreven recht. Toetsing van wettelijke voorschriften aan hogere regels geschiedt in het kader van rechterlijke procedures, vooral strafrechtelijke en administratiefrechtelijke, reeds lang. Sinds kort is de Hoge Raad bereid gebleken wettelijke voorschriften ook aan ongeschreven recht, met name het verbod van willekeur te toetsen.<sup>1</sup> De Centrale Raad van Beroep deed dit al langer.<sup>2</sup>

In de klassieke jurisprudentie voerde deze toetsing van een wettelijk voorschrift meestal tot (on)verbindendverklaring van het wettelijk voorschrift. De op een onverbindend voorschrift berustende handeling van het bestuur werd dan bijvoorbeeld vernietigd.

Sinds 1969 – het Pocketbooks II-arrest – is duidelijk dat een onverbindend verklaard wettelijk voorschrift kan leiden tot aansprakelijkheid ex art. 1401 BW.<sup>3</sup> Men drukt dit wel uit met de term 'on-

\* Hoogleraar staatsrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

<sup>1</sup> HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, met noot van P.v.B; Regel-

Maat 1986, nr. 4, blz. 167, met noot van I.C.v.d.V.

<sup>2</sup> Zie P. J. J. van Buuren, De rechter en onrechtmatige wetgeving, Handelingen 1987, NJV,

deel 1, tweede stuk, blz. 20 e.v.

<sup>3</sup> Zie HR 24 januari 1969, NJ

1969, 316, met noot van H.

Drion, AB 1969, 194, met noot van Stellinga.



rechtmatige wetgeving'. De Hoge Raad sprak in het arrest uit dat de Staat onrechtmatig handelt indien een staatssecretaris door een regeling ... een verbod stelt op en daardoor sancties, bedreigt tegen een handeling die ingevolge art. 7 van de Grondwet niet mag worden verboden. Het ging in casu om een ministeriële regeling die in een eerdere, strafrechtelijke, procedure reeds onverbindend was verklaard.

Sinds 1969 is de ontwikkeling voortgeschreden: art. 1401 BW wordt de laatste jaren gebruikt om rechtstreeks de (on)rechtmatigheid van wetgeving (of een weigering wet te geven) te doen uitspreken. Dit gebruik van de 1401-actie ligt in ons rechtstelsel voor de hand, daar beroep tegen algemeen verbindende voorschriften in Nederland, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld België en Frankrijk, in het algemeen niet mogelijk is. Formele bevoegdheids- en ontvankelijkheidsvraagstukken roept een 1401-actie — vooral in kort geding — in het algemeen niet op. De rechter acht zich bevoegd ex art. 2 RO, indien men bescherming vraagt in een burgerlijk recht of een door het burgerlijk recht beschermd belang. Eiser is ontvankelijk, indien er geen de burgerlijke rechter uitsluitende rechtsgang bestaat en deze is er — zeker in spoedgevallen — met betrekking tot algemeen verbindende voorschriften niet.<sup>4</sup> Kortom: men kan aannemen dat de burgerlijke rechter, uitzonderingen daargelaten, een oordeel zal vellen over de (on)rechtmatigheid van een wettelijk voorschrift, indien dit oordeel rechtstreeks op grond van art. 1401 BW wordt gevraagd.

### 3 ——— ONRECHTMATIGE WETGEVING IN CASU

Wil een wettelijk voorschrift een onrechtmatige daad opleveren, dan zal het beoordeeld moeten worden op strijd met de bekende 1401-criteria. Strijd met de wet is het criterium dat het meest wordt toegepast. Zoals reeds gezegd wordt sinds het Landbouwwliegersarrest<sup>5</sup> echter ook expliciet getoetst aan ongeschreven recht. In beide gevallen zal de norm waaraan wordt getoetst een waarborgnorm moeten zijn. Het lag voor de hand dat de Hoge Raad art. 7 Gr.w. als zodanig beschouwt en wel in het genoemde Pocketbooks II-arrest. Doch niet alleen materiële normen als vervat in art. 7 Gr.w. kwalificeert de rechter als in rechte in te roepen normen. Ook schending van procedurele voorschriften kan leiden tot een onrechtmatigheidsoordeel. Men zie voor wat oudere rechtspraak president van de Rechtbank te 's-Gravenhage 3 oktober 1977, AB 1977, 377, met noot van J.R.St. De president beval daar de staat ervoor zorg te dragen dat zijn organen er zich van onthouden een voordracht te doen tot het tot stand brengen van een Koninklijk Besluit tot wijziging van het rechtspositiebesluit vwo. Hoewel de minister formeel aan de wettelijke voorschriften had voldaan — met name die inzake het overleg met de Bijzondere Commissie Onderwijspersoneel — was de president van oordeel dat dit overleg niet naar behoren had plaatsgehad, daar de convocaties slechts drie dagen voor de vergaderdatum waren verzonden. We zien hier een duidelijke en zelfs extensieve toepassing van een procedurele norm als waarborgnorm.

De uitspraak van de president in de casus van 31 juli 1987 is met bovenstaande uitspraak te vergelijken. Het voorschrift van art. 61a Wet op de inkomstenbelasting 1964 (Wet IB 1964) wordt kennelijk niet slechts gezien als een waarborg voor de rechten van het parlement tegenover de minister van Financiën. De president beschouwt de bepaling ook als een waarborgnorm voor de burger. Wordt niet-tijdig een wetsontwerp tot goedkeuring van een ministeriële beschikking ingediend, dan leidt dit niet slechts tot een eventueel verantwoordelijk stellen van de minister door de Kamer, doch ook tot rechterlijk ingrijpen. Daarvoor is ook alle reden. Art. 61a, vierde lid, Wet IB 1964 bepaalt immers niet slechts dat een wetsvoorstel tot goedkeuring moet worden ingediend. Het schrijft tevens voor dat de beschikking onverwijld wordt ingetrokken, indien het wetsvoorstel wordt inge-

<sup>4</sup> Vergelijk HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360, met noot van M.S.

Zie ook noot van M.S. bij het Bullenbaai-arrest, NJ 1984, 361.

<sup>5</sup> Zie noot 1.



trokken of een der Kamers besluit tot het niet-aannemen van het wetsvoorstel.<sup>6</sup> Deze regeling beoogt de burger te beschermen tegen het voortbestaan van niet bij wet goedgekeurde beschikkingen. Het ligt dan in de rede de burger ook in bescherming te nemen, indien zelfs geen poging wordt gedaan de beschikking te doen goedkeuren. Overigens zij in dit verband nog gewezen op art. 104 Gr.w., dat een beperkte, van de gebruikelijke delegatieterminologie afwijkende delegatiemogelijkheid bevat. Ook dit voorschrift strekt tot waarborg van de positie van de burger.

#### 4 ————— HET RECHTERLIJK OORDEEL

Het gebruikelijke patroon in een bodemprocedure is dat in geval in strijd met een hogere (nationale) regeling een wettelijk voorschrift onverbindend wordt verklaard. Is de toetsingsnorm een waarborgnorm, dan vloeit uit de onverbindendheid onrechtmatigheid voort. In kort geding is, naar het voorkomt, onverbindend verklaring niet mogelijk, daar deze verder gaat dan een voorlopige maatregel.<sup>7</sup> Wel kan in kort geding worden bevolen geen uitvoering te geven aan een wettelijk voorschrift, een voorschrift buiten toepassing te laten, of een voorgenomen wettelijk voorschrift niet tot stand te brengen. Een bevel tot totstandbrenging van een regeling zal slechts gegeven kunnen worden, indien het gaat om een gebonden plicht tot regelstelling.<sup>8</sup>

Van betrekkelijk recente datum is de formule 'buiten werking stellen' die ook in de aan deze bijdrage ten grondslag liggende uitspraak is gebezigd. Hoewel eisers een verbod van toepassing vorderden, gaf de president de voorkeur aan 'buitenwerkingstelling', daar 'deze zich in rechtspraak en literatuur een min of meer vaste betekenis heeft verworven'.

Deze betekenis is eerder minder dan meer vast. Zowel in de rechtspraak als de doctrine is hier sprake van een recente terminologie. De betekenis ervan is, volgens de Hoge Raad, dat de overheid zich moet onthouden van gedragingen die op de werking van de litigieuze voorschriften zijn gegrond, met name het uitvoeren of doen uitvoeren ervan.<sup>9</sup>

Het komt mij voor dat de term buiten werken stellen weinig onderscheidend vermogen bezit ten opzichte van het verbod van toepassing of van uitvoering. Van Buuren is van oordeel dat buitenwerkingstelling slechts dient te worden uitgesproken, indien er sprake is van onmiskenbare onverbindendheid.<sup>10</sup> Afgezien van de vraag of er een juridisch onderscheid is te maken tussen onmiskenbare en 'gewone' onverbindendheid, begeeft men zich in Van Buurens constructie op een hellend vlak. Van Buuren stelt zelf dat onverbindend verklaring niet past in het kort geding.<sup>11</sup> Indien men wil vermijden dat in kort geding een definitieve of definitief klinkende uitspraak wordt gedaan over een regeling, verdient het verbod van uitvoering of toepassing de voorkeur. In een dergelijke formulering wordt de al dan niet onmiskenbare verbindendheid van de regeling als zodanig buiten schot gelaten. Men kan hier een parallel trekken met art. 94 Gr.w. dat geen voorschrift inzake de verbindendheid van een regeling geeft, doch slechts inzake de toepassing ervan. Inmiddels moet worden toegegeven dat 'buiten werking stellen' in concreto tot hetzelfde resultaat leidt als een verbod van uitvoering of toepassing. In alle drie gevallen wordt de achterliggende regeling niet definitief onverbindend (onrechtmatig) geacht. Doch wel bestaat er een — voorlopig — ernstig vermoeden van onverbindendheid en onrechtmatigheid.

<sup>6</sup> Men zie met betrekking tot dergelijke constructies het Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Orde in de regelgeving, 's-Gravenhage 1985. De commissie koestert tegen dergelijke constructies bezwaren. Zij prefereert regeling

door de wet van hetgeen in een ministerieel besluit is vervat boven goedkeuring door de wet. Overigens acht zij in bepaalde fiscale kwesties 'tijdelijke delegatie' wel aanvaardbaar. Zie blz. 62 en 63 Eindrapport.

<sup>7</sup> Vergelijk P. J. J. van Buuren,

a.w., blz. 79.

<sup>8</sup> Ibidem, blz. 77 e.v.

<sup>9</sup> Vergelijk HR 1 juli 1983, NJ 1984, 360, met noot van M.S.

<sup>10</sup> A.w., blz. 78.

<sup>11</sup> A.w., blz. 79.



Ik krijg wel eens de indruk dat men op diverse ministeries lichtelijk geschokt is door rechterlijke onrechtmatigverklaringen inzake algemeen verbindende — althans als zodanig bedoelde — voorschriften. Men stelt wel dat dergelijke voorschriften toch besproken zijn in de Kamer(s) of op zijn minst daaraan zijn meegedeeld. Er is, zo meent men, toch sprake van door de Kamer(s) goedgekeurd, althans niet weersproken beleid. Uitspraken als de onderhavige laten zien dat er rechters zijn die wettelijke bepalingen inzake bevoegdheid en procedure au sérieux nemen en de administratie niet wensen te aanvaarden als een zelfstandig wetgevende macht. Naar mijn oordeel zit de rechter aldus op het goede spoor. Onrechtmatigverklaring van wettelijke voorschriften is niets bijzonders, wil men nog enige waarde hechten aan het rechtstaatsprincipe. Dat geldt zelfs voor het Ministerie van Financiën.

## HET KANS-OP-NADEEL-CRITERIUM BIJ HET KAPITAAL-BIJ-LEVEN OVERBOORD?

MR. C. P. M. VAN HOUTE

In de toelichting bij het voorontwerp van wet tot wijziging van het fiscale regime voor onderhoudsvoorziening en spaarvormen lees ik 'naar ons oordeel nemen levensverzekeringen waarbij een kapitaal is verzekerd bij in leven zijn op een bepaalde datum, in het huidige maatschappelijke bestel een meer met spaarvormen vergelijkbare plaats in naar mate het risico-element in dergelijke verzekeringen van meer ondergeschikte betekenis is. Niettemin worden dergelijke verzekeringsvormen, zij het onder bepaalde condities, fiscaal soepeler behandeld dan andere spaarvormen'.

Ik constateer dat er echter geen verband bestaat tussen het bovenstaande oordeel en de daaraan verbonden conclusies, met name het vervallen van de vrijstelling van premiepolissen.

In het voorgestelde art. 25, letter c, Wet IB 1964 wordt tot inkomsten uit vermogen gerekend de rente begrepen in kapitaalsuitkeringen uit levensverzekering, tenzij de uitkering plaatsvindt ten gevolge van overlijden. Er wordt dus in het geheel geen rekening gehouden met de toch reële kans-op-nadeel waaraan een levensverzekering volgens de jurisprudentie moet voldoen. Dit kans-op-nadeel-criterium houdt in dat wil er sprake zijn van een levensverzekering, 'in elk geval de daarin belichaamde overeenkomst voor de verzekeraar een van het leven of sterven van de verzekerde afhankelijke kans op voordeel of nadeel moet scheppen'.<sup>1</sup>

Kans-op-voordeel voor de verzekeraar impliceert kans-op-nadeel voor de verzekerde. De vraag die nu rijst is hoe groot die kans-op-nadeel moet zijn om als reëel te worden beschouwd. In de jurisprudentie zijn ter zake van tijdelijke lijfrenten percentages genoemd welke als maatstaf dienen om uit te maken of de kans op vooroverlijden (dus nadeel) als reëel kan worden aangemerkt. Bij tijdelijke lijfrenten wordt in het alge-

<sup>1</sup> Zie o.a. HR 21 oktober 1951, BNB 1959/361.